✠

POR

DON DIEGO LOPEZ PA-checo Cabrera y Bobadilla, Marques de Villena, y de Moya, Duque de Escalona.

CON

Doña Francisca Antonia de Cabrera y Bobadilla, y su curador ad litem.

SOBRE

La tenuta del dicho Estado, y Marquesado de Moya, que vacò por muerte de don Ioseph Lopez, Pacheco Cabrera y Bobadilla, Conde de Santisteuan, hijo legitimo del dicho Marques de Villena, y Moya.



1 VNQVE en la informacion del Marques està bastantemente respondido à quanto se ha opuesto por doña Francisca Antonia de Bobadilla; la replica que por su parte se ha hecho, nos ha ocasionado a escriuir segunda vez, no porque en rigor pida nueua satisfacion, sino porque no parezca, que el no darla, es assentir a las conclusiones que en ella se asientan, que es lo que dixo el señor *D. Iuan Bautista Valençuela cons. 171. num. 74.*

2 El informe se diuidirà en dos Articulos, que son los mismos en que se diuidiò nuestra primera informaciõ.

3 En el primero se fundarà, que obsta a la dicha doña Francisca Antonia la excepcion de cosa juzgada, en que fue vencida doña Iuana Pacheco su tercera aguela

4 En el segundo, que quando no huuiera auido la dicha cosa juzgada, y se pudiera boluer a deducir en juyzio la pretension introducida por la dicha doña Francisca Antonia, no tiene derecho alguno a la sucession del dicho Estado, y mayorazgo.

5 Bien reconoce la parte contraria, quanto le obsta à su pretension la cosa juzgada, y assi pretende dàr varias inteligencias a la clausula que ha dado motiuo a este pleyto, y le diò al que venciò don Francisco Lopez Pacheco, contra doña Iuana Pacheco su hermana, tercera aguela de la dicha doña Francisca Antonia, para dàr diferencia de aquel pleito a este. Pero por ellas mismas se reconoce, quã clara es la justicia del Marques, y el poco fundamento que tiene la pretension contraria.

6 Desde el numero quinto de su informacion, hasta el nueue, pretende excluir la excepcion de cosa juzgada, con dezir, que doña Iuana Pacheco fue la que prouocò a juyzio, y nunca fue posseedora, y que la controuersia no fue sobre bienes, sino sobre la fuerça de los llamamientos, que ay diferencia grande entre el derecho de Doña Iuana Pacheco, contra quien ganò executoria don Francisco, aguelo de mi parte, y el de doña Francisca Antonia tercera nieta de la dicha Doña Iuana: porque la susodicha fue vencida por ser hermana del dicho don Francisco, que se hallaua varon solo en competencia de ella, y que assi era notoria la prelacion, por aquellas palabras de la clausula, ibi: *Pero si acaeciere, que la tal muger solamente huuiere vn hijo varõ, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, que lo tenga, y possea en su vida.* Pero la pretension de doña Francisca Antonia, es por diferente derecho, por hallarse tercera nie

ta

ta de la susodicha, y que tiene llamamieto expresso en las vltimas palabras de la clausula, ibi: *Pero despues de sus dias, que lo aya, è herede el segundo varon suyo legitimo, è natural, ò hija en defecto de hijo varon.* Por lo qual dize, que aunque el fundador quiso, que teniendo la posseedora el mayorazgo vn hijo varon solo, aunque tuuiesse hermanas, lo gozasse, pero que no quiso esto en el nieto, q̃ las tuuiesse, sino que en este caso le hizo incompatible con el mayorazgo, que el dicho varon tuuiesse, y llamò para su sucesion a la hermana. Y en prosecucion deste discurso se gasta mucho tiempo, y en su continuacion se discurre desde el num. 10. hasta el 36 pretendiendo probar, que no concurren en este caso las tres identidades, que se requieren, para que lo decidido en el pleito, que se executoriò contra doña Iuana, le obste a la dicha doña Francisca Antonia. A esto se reduze quanto en prolongados parrafos se opone en la segunda informacion contraria contra la cosa juzgada, que es vna puntual repeticion de lo dicho en su primera informacion.

7 Pero que el derecho de la dicha doña Francisca Antonia, quedò vencido en la executoria ganada contra doña Iuana, y que le obsta lo decidido contra la susodicha, se prueba ex sequentibus.

8 Lo primero, por la conclusion vulgar, de que la sentencia en causas de mayorazgo perjudica a todos los sucessores, que la confiessa por verdadera la parte contraria en el num. 5. de su segunda informacion, y en el numer. 26. de la primera; aunque en el num. 33. en los mismos terminos pretendio fundar lo contrario, lo qual por ventura fue motiuo de que en nuestra informaciõ se corroborasse esta conclusion con mas doctrinas de las que pedia su notoriedad: y aora nueuamente se añaden en comprobacion de ella *Leon decis. 93. num. 9. & 10. Hondedeus cons. 28. num. 1. & seqq. lib. 1. Iuan Bapti-*

sta Nouarius decis. 19. per totam, Amato variar. resol. lib. 1. resol. 32. & in 1. resol. 80. Ant. Fab. in suo codice, libr. 7. tit. 19. de re iudicata, definit. 4. definit. 7. & 15. Anton. Monach. de feudis, cap. 45. ex num. 26. Cancer. in 2. p. variar. resol. cap. 16. ex num. 100. Peguer. in decis. 121. num. 5. in 1. tom. Fontanella 2. tom. decis. 584. à num. 1. Censal ad Peregrin. Artic. 57.

9 Y todos estos DD. y los demas que se refieren en nuestra primera informacion, n. 11. no dàn otra limitacion à esta regla, sino es en caso que huuiesse dolo, ò negligencia de parte del sucessor que fue vencido; ò q̃ se tratasse de la habilidad, ò inhabilidad de la persona, ò fuesse dada contra el pupilo indefenso; porque la de si la sentencia fue sobre los bienes, ò sobre la fuerça de los llamamientos, aunque es de algunos DD. que se citan en el num. 31. de la primera informacion cõtraria, que sin los mismos, que citan, y repsueban los *Add. ad Molinam lib. 4. cap. 8. num. 3.* no està admitida esta diferencia en los Tribunales, sino que indistintamente perjudica la sentencia a los sucessores, ò sea sobre bienes, ò sobre la fuerça de los llamamientos, *Mieres de Maiorat. 4. part. quæstion. 14. à numer. 2. Pater Molin. tom. 2. de iustitia, & iure, disp. 647. ex numer. 2. Castill. controuers. tom. 5. cap. 157. præcipuè num. 16. & 20. Vincent. Fussarius de substit. q. 62. num. 1. & 622. vbi ex num. 1. in fideicommis. & ex num. 8. in Hispanorum primogenijs, idẽ comprobat Paz de tenuta cap. 43. ex num. 1. Rota decis.* 384. *num.* 8. *par. 2. in nouissim. recollect. per Farin. Add. ad Molinam d. cap. 8. num. 3. lib. 4. vbi quod ab hac oppinione numquam recedendum est in iudicando, & consulendo.*

10 De lo dicho resulta, quan destituida de fundamento juridico es la diferencia, que se dà por la parte contraria, de si la sentencia fue dada contra el posseedor, ò contra el que no posseìa por si, la sentencia dada

sobre

sobre la prelacion en los llamamientos perjudica a los sucessores,ex dictis,num.antecedēte,claro està,que solo se deue atender al derecho,que quedò executoriado en quanto al orden de la sucession. Y assi lo que aora se ha de atender,es,si es el mismo derecho el que oy se cōtrouierte,que el que quedò vencido en la executoria, q̄ se ganò contra doña Iuana:porque si es el mismo,con auer vencido a doña Iuana ; quedaron vencidos todos los de su linea,vt optimè probat *D.Larrea disp.35.à numer.30.per plures.*

11 El qual en el num.33.despues de auer fundado,que el derecho de la sucession de los mayorazgos es real,y que basta citar al que tiene proxima esperança de la sucession,para que lo sentenciado contra èl perjudique a todos los de su linea,dize: *Et ita similiter, l.ista quæ ius succedendi continet,non debet personalis existimari verum totius lineæ si in iudicium causam deduxerit primogenitus,qui primum locum actionis obtinet,vel defensionis, idem Molin.lib.4.cap.8.num.3. Mieres 4.par.q.14.numer.2.adde Bald.in l.2.num.5.de iure emphiteutico tradit Tiberius Decianus vol.1.consil.7.num.60. Bursat.vol.3. cons.229.num.21.Surdus cons.403.num.16.& 17.& cons.494.numer.2. Paz de tenuta,cap.43.num.1.circa finem,pulchrè Fontanella 2.tom.decis.594.num.3.& 4.*

12 Vlterius se excluye la diferencia , que en contrario se assigna entre el posseedor,y el que no lo es,atendiendo a la naturaleza de los mayorazgos de España,y juizio de tenuta,porque en el ninguno de los litigantes endereza su accion contra otro,sino que pretende se declare,que por la muerte del vltimo posseedor se ha transferido en èl la ciuil,y natural possession , y que ha de ser amparado en ella , hasta que se determine el juizio en la propiedad. Y assi ninguno de los litigantes se dize,que es actor,sed vterque est actor,& reus, vt in similibus terminis tenet *glos.in l.1.verb.Fiat,ff.de Carbo*

 nia-

niano edicto, *Bald. in l. post sententiam*, *num. fin. C. de sententijs*, *& interloqutio. omnium iudicum*, *Paz de tenuta*, *cap. 24. per totum*, *& maximè num. 6. & num. 13. & cap. 63. num. 9. & plures laudati per Ludouicum Posth. de manuten. obseruat. 1. num. 2. & 3. Pareja de instrumentorum editione*, *tit. 6. resol. 5. num. 16.* Fuera, de que quādo no se atienda a la naturaleza de los mayorazgos, segun la qual, vt supra diximus vterque est actor, & reus, la diferencia, que en contrario se dà entre el posseedor, y el que no lo es, se conuence de falsa con la conclusion comunmente admitida por los DD. y que confiessa por verdadera la parte contraria en su segunda informaciō num. 8. de que de la misma suerte, que la sentencia dada contra el posseedor del mayorazgo perjudica a los sucessores, si es dada a su fauor les aprouecha, vt cū pluribus diximus en nuestra informacion num. 12. quibus addo *Castillo controuers. cap. 157. à num. 23. Gratian. discept. 869. num. 16. Fontanella 2. tom. decis. 584. numer. 6.* Porque si la diferencia entre el que es posseedor, y el q̄ no lo es fuera verdadera, claro està que la sentencia dada à fauor del posseedor no perjudicara à los sucessores del que no siendolo fue vencido.

13 Con estos mismos fundamentos se excluye tambien la diferencia que en contrario se constituye, entre el que prouoca, y el prouocado. Y confiesso, que la diferencia era singular, y notable, si tuuiera apoyos juridicos: porque con ella jamas huuiera cosa juzgada en la materia de mayorazgos, y cada vno que la tuuiera contra si, por auer sido vencido su antecessor, dixera, que su antecessor fue el que prouocò. Con que ni los pleitos tuuieran fin, ni huuiera punto fixo en la forma de la sucesion.

14 Y me admiro mucho, de que por la parte contraria en su primera informacion num. 28. se cite à Pinelo, Zeuallos, y los Add. ad Molinam, y otros, en prueba

 desta

desta conclusion: porque estos DD. no solo nō dizen aquello para que se alegan, sino antes bien defienden lo contrario.

15 Porque Pinelo en el lugar que se cita, que es en la *l.1.C.de bonis maternis.p.3.num.49.* lo que dize es: *Satis esse iudicium tractari cum primo possidente, seu cum eo cui prima successio defertur.* Y para esto cita la *ley ex cō tractu* 44.*ff. de re iudicata*, y otros muchos textos, y por la dicha *ley ex contractu*, que dispone, que la sentencia dada contra el instituto perjudica al sustituto, dize: *Et ab ex idētitate rationis probat text. sententiā latā cōtra eum qui priorē locū habet nocere ei cui post illū ius defertur*

16 Y este Autor prosigue, fundando esta conclusion, y reprueba à Decio en el *cons.*445. que es lugar tā bien citado por la parte contraria en el dicho num. 28 & inferius dize, que los fundamentos de Decio, y sus sequazes son falsos; porq̄ prohibita alienatione non censetur prohibita alienatio, ex causa necessaria, como lo es la sentencia, *l.1.ff. de fundo dotali, l.3.§ item quæri potest ff. de rebus eorum*, ibi: *Valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem*, y por esso despues dize, que ay gran de diferencia entre el acto voluntario, ò el necessario, ex sententia: porque claro està que con acto voluntario no puede el antecessor perjudicar a los sucessores en el mayorazgo, ex traditis à *D. Molina libr.4.cap.9. per tot.* Pero en siendo por sentencia, siempre se dize necessario, sententia enim semper fertur in inuitum, *l. inter stipulantem, §.1.ff. de verb. obligat.* Y auiendose hecho de parte del antecessor todas las defensas, como las hizo doña Iuana Pacheco, indistinctè, dize, y concluye Pinelo, que la sentencia perjudica a los sucessores; & præcipuè numer. 50. ibi: *Retenta autem hac sententia quam veriorem, & receptiorem dicimus eam vtiliter aliquod modis limitamus, & primo, vt procedat quando is contra quem sententia lata est erat tūc primus, & prin*

cipalis ad quem spectare posset successio quam sequentes postea praetendunt, & eodem modo debet esse persona cuius maximè interesset obtinere. Todo lo qual concurriò en doña Iuana. Y para prueba de esto cita à *Bart. Socino, y otros, &c.*

17 Lo mismo que Pinelo dizen *Zeuallos comm. cōtra communes, quaest. 636. num. 7.* que es lugar, que se deuiò de querer citar por la parte contraria, porque en la questiō 656. no habla desta materia, y todos los demas DD. que se citan hablan en los mismos terminos, y concuerdan, en que solo se atiende, si el vencido tenia proxima esperança de la sucessiō, sin que otro le precediesse en su linea, y esto es lo que dize el texto vulgar in *l. 1. §. denunciari, ff. de ventre inspiciendo,* ibi: *Denunciari autem opportet ijs, quos proxima spes successionis contingit.*

18 Y la paridad del menor, que se trae en el num. 29. de la primera informacion, a demas de no ser aplicable ala materia de que se trata, della no solo no puede hazer argumento en su defensa la parte contraria, sino que es total impugnacion de lo que afirma: porque aū que es cierto, que quando el menor tiene alguna cosa comun, ha de ser prouocado para la diuision, y no puede prouocar, por tenerse por especie de enagenacion, la qual en el primer caso se juzga necessaria, que no es prohibida, *ex l. alienationes, ff. familiae erciscundae, cum alijs passim.* Y en el segundo voluntaria, que es la que se les prohibe; para prueba de lo qual se pudieran auer alegado la *ley 1. § si res communis,* y la *ley si pupillorum, ff. de rebus eorum.* Pero esto no se entiēde quando huuo decreto judicial, porque entonces, siue prouocet, siue prouocetur, es valida la enagenacion, como lo dize la *gloss. en la ley inter pupillos, ff. de auth. tutorum,* lugar alegado por la parte contraria en el num. 29. de su primera informacion, y lo mismo dizen Bald. Paul. de Castro, y los demas, que alega en el dicho numer. en los lugares en que

se

se citan. Y supuesto, que en nuestro caso ay vna executoria, bien se vè con quan poco fundamento se alegan a fauor de doña Francisca, quando dellas se puede sacar argumento a fauor del Marques.

19 Esto supuesto, lo que resta es, responder a lo q̃ se pretende fundar, scilicet, que es diferente el derecho, que oy se deduze por doña Francisca Antonia, del que quedò vencido contra Doña Iuana Pacheco su tercera abuela, la diferencia, vt diximus, num. se constituye solo, en que doña Iuana era hermana de don Francisco abuelo del Marques que oy litiga, calidad, que no se halla en doña Francisca.

20 Esta diferencia es de tal calidad, què no solo no excluye la excepciõ de cosa juzgada, sino q̃ antes la haze indubitable, porque si doña Iuana, siendo hermana de don Francisco, y visnieta del Fundador, & per consequens, siendo igual en linea, y grado, fue excluida por don Francisco, por hallarse con la calidad de varon. Cõ quanto mayores razones debe serlo doña Francisca, q̃ se halla tan distante, y en grado mucho mas remoto q̃ el Marques que oy litiga.

21 Porque quedando con la sentencia interpretada la voluntad del Fundador, y que ya no se puede dudar, auer sido aquella la interpretacion verdadera: porq̃ esto obra la cosa juzgada, *ex reg. leg. res iudicata, ff. de reg. iur. cũ vulgaribus*, & quæ larè adducit *D. Valẽç. cons. 68. ex numer.* 15. claro està, que auiendo excluydo a D. Iuana por su hermano don Francisco, que era el caso mas deficil, à fortiori, excluyò a todas las hembras descendientes della, siempre que sucediesse el caso de hallarse vn varon solo en competencia de hembra, ex doctrina *Fulgos. Castrens. & Corn. in l. 1. C. de conditionib. insertis, Decius cons. 15. num. 5. Alciatus cons. 52. ad finẽ, Gratus cons. 53. 54. 55. vol. 2. Rubeus cõs. 62. in fine, Menoch. cons. 95. num. 28. & cons. 150. num. 21. & cons. 204 num. 30. Sforcia Oddi, cons. 6. per tot. Mazolo cons. 5. & 6.*

Rau-

Rundens.cons.35.num.30. lib. 1. latissimè inter consilia eiusdem Mazoli, Marianus, Socinus cons. 7.*

22 Porque aunque en la opinion de muchos, que refiere *Casanat.cons.38. à num.108.* no es consequencia necessaria de la exclusion de las hembras mas remotas, la exclusion de las mas propinquas, la verdadera distincion es la de *Paul.de Castr. in l. illam, num.8. & 9. C. de collat.* El qual dize, que todas las vezes, que la hembra mas remota es descendiente de la mas propinqua, exclusa, se juzga tambien ella excluida, y que assi se entiende la *ley si viua matre, C. de bonis maternis*: pero que si es descendiente de otra persona, no excluida, no tiene lugar la dicha ley. Esta distincion es comunmente seguida, *& in d.l. illam sequuntur Corneus numer.7. Decius num.13. & communiter scribentes in dict. l. si viua matre, Decianus cons.1. num.193. Pedrocha cons.5. numer.152. Molina lib.3. cap.5. num.42. Casanat. cons.38. à nu.110* Segun la qual distincion, siendo como es doña Francisca, que oy litiga, descendiente de doña Iuana, cuya exclusion està vencida por la carta executoria, que contra ella ganò don Francisco, abuelo del Marques, claro està, que se ha de tener por comprehendido en dicha executoria, y que contra ella no puede ser oida, como no lo podia ser la dicha doña Iuana.

23 Ex quibus infertur, que, ò se ha de dezir, que no ay razon de diferencia entre el caso presente, y el que quedò vencido en la executoria. Y no auiendola, cessa quanto en contrario se pondera, parum enim interst diuersificare casus, nisi diuersitatis causa assignetur, ex *glossa communiter recepta in l. sed si lege 25. ff. de petitione hæreditatis, §. item si rem distraxit 17. in verb. Habeat quã sequuntur Craueta cons.190. num.2. Brunus decis. bonor. quæst.2. num.13.* O si la ay, es por tener menos dificultad la exclusion de la hembra en nuestro caso, que en el en q̃ se obtuuo la executoria contra doña Iuana, & cõ-

se-

sequẽter que por esta razon es indubitable, ex dictis numer. que le obsta la excepcion de cosa juzgada a doña Francisca, por concurrir las tres idẽtidades de quibus en nuestra informacion *à num. 13. & à num. 40. vsque ad 43.*

24 Sin que obste a lo dicho, lo que se pondera en la segunda informacion contraria, *num. 73.* de auer mãdado el Consejo, que el Marques respondiesse: porque vt diximus en nuestra informacion *num. 26.* en el mismo auto en que se mandò responder, se dize, que fuesse sin perjuyzio de la dicha excepcion. Y aunque no lo dixera, quedara reseruada para poderla boluer a oponer en fuerça de peremptoria, vt probant *DD. à nobis citati num. 26. quibus adde Salgado in laberintho creditorum, par. 3. cap. 1. num. 62. & 63. vbi plures allegat.*

25 Otras muchas razones q̃ conducen a este mismo proposito se omiten aqui, por reseruarse para el segundo articulo, donde probaremos, quan notoria es la exclusion de doña Francisca en nuestro caso.

Articulo segundo.

Quando por los fundamentos referidos no fuera tan cierto, como es, que a doña Francisca le obsta la excepcion de cosa juzgada, sino, que sin hazer estimacion della se huuiesse de entrar a dar la verdadera inteligencia a la clausula, que es la que ha dado motiuo a este pleito, adhuc, es llano el derecho del Marques.

26 Y para que esto se reconozca claramẽte, se ponen las palabras de la clausula, ibi: *Otro si ordeno, y mãdo, que si acaesciere, que este mi dicho mayorazgo ouiere de venir a alguna muger, que le pertenezca segũ la orden, y regla, que de suso se contiene, y esta tal casare con alguna persona, que tuuiere otro mayorazgo, quiero, è mando, que en tal*

caso

caso ella, è su marido en su vida tengan, y possean el dicho mayorazgo: pero despues de sus dias de la tal muger, quiero, y mando, que si huuiere dos hijos varones, que este dicho mayorazgo venga al hijo segundo legitimo natural, è à sus descendientes, por la orden, è regla, que susodicha es en este mi mayorazgo, è no venga, ni pueda venir al hijo mayor, porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se cõfunda este mi dicho mayorazgo con el suyo: pero si acaesciere, que la tal muger solamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, è lo tenga, è possea en su vida, pero despues de sus dias, que lo aya, y herede el segundo hijo varon suyo legitimo, è natural, ò hija en defecto de hijo varon, è sus descendientes legitimos naturales, segun la orden, y regla de suso contenida en este mi dicho mayorazgo.

27 Quo supposito, es notoria la exclusion de doña Francisca en nuestro caso.

28 Lo primero, porque vt diximus en el primer articulo, num.   no ay razon de diferencia, ni causa, para que auiendo excluido a las hijas, en cõcurso del hijo varon de la posseedora, quisiesse llamar en el mismo caso a la hembra mas remota, y fuera disposicion poco acertada, excluir en vn mesmo caso a la hembra mas propinqua, a quien se deue tener mayor afeccion, y llamar a la mas remota en este mismo caso, pues si como dize la parte cõtraria, lo que quiso fue, el que la memoria de su mayorazgo no se confundiesse con el cõcurso de otro, esto no lo conseguia, excluyendo a la hija de la posseedora en caso de concurrir con el varon solo, y llamando a la nieta, ò viznieta en este mismo caso; y para conseguir este fin, deuia excluir al varõ, que fuesse hijo de la posseedora en competencia de la hermana, de la mesma suerte, que al nieto, y visnieto: y assi auiẽdose de interpretar la disposicion, como hecha por vn hombre prudente, *l. Saluius Aristo. ff. de legatis præstãdis, l. Lucius* 85. *in fine*, ibi: *Nam prudens consilium testãtis*

tis animaduertitur. ff. de hæredib. instituend. Aymon Cravetta consf. 656. à num. 12. lib. 4. Mantic. de coniect. lib. 6. tit. 14. à num. 4. Alex. Raudensis responso 35. à num. 95. lib. 1. Es preciso se aya de dezir, que de la misma suerte, que està llamado el hijo solo varõ mayor de la possee dora en concurso de hẽbra, està tambien llamado el nieto, y visnieto, porque desta suerte los llamamientos sõ vniformes, lo qual siempre se presume, *l. eum qui 18. §. pro parte, ff. de his quibus, vt indignis,* ibi: *Neque enim rationem iuris, ac possessionis varietatẽ inducere diuisionis voluntatem, Mantic. lib. 11. coniect. tit. 23. nu. 15. Decian. consf. 82. num. 14. vol. 3. Cassanate consf. 47. num. 58. & cõsil. 2. num. 51. Castillo tom. 2. controuers. cap. 4. num. 94. & lib. 5. cap. 148. Larrea decis. 54 num. 14.*

29 Y esta inteligencia es mas precisa, atendiendo, à que de la que la parte contraria quiere dàr a la clausula se siguiera vn absurdo manifiesto: porque como cõfiessa, y està vencido por la executoria ganada contra doña Iuana, si la posseedora hembra dexa vn hijo varon solo, aunque dexe muchas hijas, deue suceder el varon. Demos caso, q̃ este varõ dexa vn hijo varõ solo, y otras hijas. En este caso quiere la parte cõtraria q̃ se altere la sucessiõ, y q̃ se excluya el varon por la hija; y si esta hija dexare hijo varõ solo, aunq̃ tenga hermanas, buelue otra vez a suceder el varõ: de suerte, siempre anda saltando la sucession, admitiendo en vn caso a la hembra, y excluyendole en otro. Este es vn absurdo manifiesto, y hazer vna disposici on ludibriosa, quod non debet admitti, *argum. text in l. cum alijs 6. Cod de curatore furiosi,* ibi: *Ne crebra, vel quasi ludubriosa fiat curatoris cr eatio, & frequenter, tàm nascatur, quàm desinere videatur, l. fin. §. vbi autem, vers. Ne ludibrio leges fiant sæpius eamdem, & amplecti, & respuere hæreditatem cupienti, & in §. vltim. C. de bonis quæ liberis,* ibi: *Qualis enim vsusfructus potest ei adquiri, qui momentaneus esse ostenditur,*

tur, & cum pluribus Giurba de succession. feudor. §. 2. glos. 10. num. 23. Y assi la inteligencia que la parte contraria le quiere dàr, repugna a todo buen discurso.

30 Porque en lo que mas insiste la parte contraria es, en aquellas palabras de la clausula: *O hija en defecto de varõ*, en las quales palabras pretende tener llamamiẽto claro, y especifico. Se procurara darles la inteligencia conforme a la voluntad del testador, y contexto de toda la disposicion, que es a lo que se debe atender, *l. Menia, ff. de manumissis testamento*, ibi: *Contextum verborum totius scripturæ, l. nummis 73. ff. de legatis 3. optimè D. Augustin. lib. 3. de doctrina Christiana, cap. 2.* his verbis: *Cum ambiguitas occurrit contextus ipse sermonis à præcedentibus, & consequentibus partibus quæ ambiguitatem illam in medio posuerunt est consulendus, vt videamus cui nam sententiæ de pluribus quæ se ostendunt ferat suffragium, Mantica de coniect. lib. 6. tit. 13. artic. 1. Surdus decis. 43. num. 14. Raudens. cons. 35. à num. 70. & 96. lib. 1. Casanate cons. 47. à num. 35.* porque si se considerasse cada palabra de por si, facilmente se destruiria el verdadero sentido, *cap. propterea de verb. significat* ibi: *Propterea si prolixam epistolam meam ad interpretandum accipere te fortasse contigerit rogo, non verbum, ex verbo, Sed sensum, ex sensu transferri, quia plerumque dum proprietas verborum attenditur sensus veritatis amittitur*; elegãter *Cicero, lib. 2. de inuent.* ibi: *Quod si ipsa separatim, ex se verba considerentur omnia, aut pleraque videbuntur ambigua.* Y cõforme a ella aquellas palabras, *ò hija en defecto de varon*, se han de entender en defecto de todo varon por lo que latamente està fundado en nuestra informacion à numer. 77. vsque ad 84.

31 A que se añade, que aquellas palabras, *ò hija en defecto de varon* son generales, y assi no se deben restringir, sino entẽder en defecto de todo varon, *ex text. in l. 1. §. quod autem, ff. de aleatorib. cum vulgat.* Lo segundo, por-

porq̃ auiẽdo antes dicho, q̃ siempre *se anteponga, y preceda el varon a la hembra, è la linea masculina a la femenina,* y en otra parte, *que en qualquiera caso, que ocurriesse, ò pudiesse ocurrir en la sucesion deste mayorazgo, siempre el varon se prefiriesse a la hẽbra:* Y repitiendolo geminadas vezes la generalidad destas palabras, *ò hija en defecto de varõ*, se deuen entender de la misma forma, q̃ antes estaua dispuesto, *vt notat Albericus in l.1.ff.de officio Procuratoris Cæsaris. & facit text. in l. quoties in fine, C. familiæ erciscundæ, & in l. Seruus plurium, § fin. de legat. 1. l. nummis, ff. de legatis 3.*

32 Lo tercero, porque de la suerte, que auiendose hecho mencion en vnas partes de la disposicion de los varones, si en otras se omitiò, y tan solamente se hizo mencion de hijos, se entiende, q̃ hablò el testador delos varones, *vt ex notat per Ias. in l. qui filiabus in princip. ff. de legatis 1. & adductis à Decio cons. 15. in 1. p.* Præsertim, si es vna misma la oracion, vt declarat *Abb. cons. 36.* quẽ sequitur *Gozadinus cons. 45. in princip. Cuman. cons. 127 Guido Papa q. 485. Decius cons. 495. num. 10 vol. 4 Ias. cons. 137. num. 12. vol. 4 & in l. centurio, numer. 59. ff. de vulg. Zasius cum pluribus cons. 3. num. 55. lib. 1.* & est cõmunis opinio secundum *Peralta in l. Titia cum testamẽto, §. Lutius Titius el 2. num. 6. ff. de leg. 2.* in cuius comprobationem facit doctrina *Bart. in l. in repetendis ff. de leg. 3. & in l. qui filiabus de leg. 1.* cum alijs adductis per *Iasonem dic. cons. 137. num. 12.*

33 Ita similiter, auiendo en otras partes dicho, q̃ las hembras sucedã en defecto de varones, se ha de entender, que en esta parte, que dixo, *suceda la hija en defecto de varon*, habla vniuersalmente, y en defecto de todos, como en las demas partes de la disposicion.

34 Lo quarto, porque siendo como es la exclusiõ del primogenito contra derecho, y contra la naturaleza de los mayorazgos, era menester, para que la nieta, ò vis-

visnieta de la possee dora fuera admitida en concurso del varon primogenito, que el testador huuiera vsado de palabras especiales, y no bastan làs generales; vt pulchrè notat *Angelus in auth. de hæredit. abintestato, §. si verò expressum, & notatur in cap. 2. de rescriptis in 6. & in Clem. appellanti de appellat. & ita in expresso sequendo Angelum, concludit Mathæus de Afflict. in decis. 44. num.* 13 14. & 15. Donde dize, que no bastan congeturas, quādo la disposicion es contra derecho, idem tenet *Ias. in l. 1. ff. de vulgari, num.* 18. *text. in auth. de non eligend. secund. nubent. § cum igitur, per quem textū, ita notat Bald. in l. ex testamento, C. de secundis nuptijs, Ias. in l. 1. C. de trāsactionib. num.* 12. Y assi no auiendo expressa exclusion del primogenito, sino solamente aquellas palabras generales, *ò hija en defecto de varon*, por ellas no quedò excluido el varon primogenito, ni quando huuiera, que no ay congeturas, que persuadieran la exclusion, eran bastantes.

35 Lo quinto, porque en la dicha clausula, despues de auer puesto aquellas palabras: *O hija en defeto de hijo varon*, vsa de aquellas palabras repetitiuas, *segun la ordē y regla de suso contenida en este mi mayorazgo.* Y la regla y orden que antecedentemente ha puesto el fundador, es, que no sucediesse hembra, sino en defecto de todo varon. Y la relacion se entiende hecha con toda propiedad, *l. Iulianus, & ibi Bart. ff. de hæredibus instituendis, & fit, cum omnibus qualitatibus, ita, quod qualitates clausulæ, ad quam fit relatio censentur in esse, & appositæ in clausula referente, Bart. in l. 1. ff. de recept. & in l. 1. ff. si filius familias furtum fecisse dicatur, & in l. si quis seruum, §. fin. ff. de legatis 2. & in l. nihil in fine, ff. de coniungend. cum emancip. liber. & dictio secundum, vt supra* facit relationem omniū eorū, quæ supra dicta sunt, *l. 1. §. deinde, & ibi Bart. ff. de postulando, facit text. in §. sanè in præm. decret. leg. litem quæritur, §. itē Iulianus, ff. locati,* ibi: *Vt supra*

pra diximus l. in summa, ff. de re iudicata, l. Lucius 78. §. quae habebat, ff. ad Trebell. Bar. in l. si quis seruu. § fin. ff. de legatis 2. & in l. 1. §. ex hoc edicto, ff. de Postuland. Rauens. de annalogis, cap. 5. num. 87. idem Rauens. cons. 59. num. 21. lib. 3. Hondedeo cons. 78. num. 19. lib. 1. Casanat. cons. 4. num. 145. idem cons. 33. num. 3. & cons. 36. num. 6. & 7. Valenç. cons. 69. num. 15. Castill. libr. 5. quotid. cap. 181. num. 37.

36 Y esto se esfuerça con vna vrgentissima congetura, que resulta del contexto de la disposicion; porque quando quiso que la hembra que casasse con el que tuuiesse otro mayorazgo le gozasse, fue en defecto de todos los varones; lo qual consta claramente, porque la clausula que habla de este caso, dize: *Otrosi, ordeno, y mando, que si acaesciere, que el dicho mi mayorazgo huuiere de venir a alguna muger, porque la pertenezca segun la orden, y regla, que de suso se contiene, y esta tal casare con alguna persona, que tuuiere otro mayorazgo*; y se deuen ponderar aquellas palabras, *porque la pertenezca, segun la orden, y regla, que de suso se contiene*. Y la regla a que se refiere es, que no suceda muger, sino es en falta de todos los varones, y de las mismas palabras vso en la clausula siguiente, en que llama al hijo segundo varon de la posseedora, ibi: *Pero despues de sus dias de la tal muger, quiero, y mando, que si huuiere dos hijos varones, que este mi dicho mayorazgo venga al hijo segundo legitimo, natural, y a sus descendientes, por la orden, y regla, que de suso es en este mi mayorazgo.*

37 Y despues en la vltima parte de la clausula, y en el caso de los llamamientos sobre que es este pleito, vsa de las mismas palabras, ibi: *Que lo aya, y herede el hijo varon suyo legitimo natural, o hija en defecto de hijo varon, y sus descendientes legitimos, y naturales segun la ordẽ, y regla de suso contenida en este dicho mayorazgo.*

38 De forma, que tres vezes se remitio al modo

 de

de suceder, que auia dexado assentado al principio de la disposicion, & triplicatio in declaranda voluntate multũ opperatur, & plusquã geminatio, argum eius, quod notat *Angel. de tertio matrimonio in auth. quomodo opporteat Episcop. § hoc de eo in fine*, & ita concludit *Decius cõs. 504. num. 9 in 4. par.*

39 Y la instancia, que se pudiera hazer por parte de doña Francisca, diziendo, que aquellas palabras de la clausula, *ò hija en defecto de varon*, no hazen sentido perfecto, y que asi se deue suplir de las palabras precedentes inmediatas, y q̃ por esto aquellas palabras, *en defecto de varon*, se han de entender supliendo la palabra *segundo*, que està antecedẽtemente, *ex doctrin. Bart. in l. in repetendis, ff. de legat. 3. & in l. Prætor ait, §. eritque differentia, ff. de vi bonorum raptorum.* Se responde, que esto no procede, quando no ay la misma razon en el vn caso, que en el otro, ò es contra derecho, ò exorbitãte lo dispuesto en la parte precedente de la disposicion, idem *Bart. in d. l. in repetendis, vers. Item aduerte. & in dict. §. eritque differentia, num. 1. Aretinus in cons. 77. & in cons. 144. & seqq. & vltim. & in l. talis scriptura, ff. de legat. 1.* Y asi, como la exclusion del hijo primogenito por el segundo, es contra derecho, y exorbitãte, y a demas desto en la exclusion del primogenito por la hembra, cessa la razõ, que pudo mouer, y mouiò al testador, para que excluyesse al primogenito por el segundogenito, que fue la conseruacion de la memoria, para la qual en los mayorazgos principalmente se atiende la masculinidad, no pueden, ni deuen suplirse las palabras vltimas por las precedentes inmediatas, sino por la regla general, a que se refieren, la qual assentò el fundador tan repetidas vezes en todo el discurso de la fundacion, scilicet, que no suceda la hembra, sino es a falta de todos los varones.

40 Quibus adde, que siendo cierto, conforme a

de-

derecho, vt *per text. in l. Lucius Titius, ff. de hæredibus instituend.* lo dixo alli *Bald.* repitiendolo por texto singular para el proposito, quē sequitur *Imola ibidem, & Boer. decis.* 155. *num.* 2. que las palabras del testador se han de entender como lo dicta la razon natural, y segun el comun deseo de los que hazen semejantes disposiciones. *Castill. libr.* 5. *cap.* 63. *numer.* 24. *& cap.* 85. *numer.* 4. Claro està que aquellas palabras: *O hija en defecto de varon*, se han de entender, en defecto de todo varon: porq̃ el comun deseo de los que hazen mayorazgos, lo conforme à su naturaleza, y que dicta la razon natural, es, que el varon en igual grado sea preferido à la hembra; de que resulta, que las dichas palabras, *ò hija en defecto de varon*, se han de entender propiamente, y como suenā; scilicet, en defecto de todo varon. Lo qual funda latamēte en los mesmos terminos del Marquesado de Moya, *Zevallos commun. contra communes, q.* 828. *per tot. & præcipuè à num.* 112. donde dà la inteligencia à las dichas palabras, *ò hija en defecto de varon.*

41 Vlterius se debe reparar, en que doña Francisca no se halla con llamamiento, aun en caso que la palabra, *hija, en defecto de varon*, se entendieran en defecto de el hijo varon segundo solamente: porq̃ para esto era preciso, que fuesse hija, ò por lo menos descendiente de alguno de los varones que han sido posseedores de este mayorazgo. Y como se reconoce por el Arbol, ni es hija, ni descendiente de ninguno dellos: porque primero llama al hijo varon de la hembra posseedora, si se hallare solo. Y este llamamiento tuuo efecto en don Francisco Lopez Pacheco abuelo del Marques que oy litiga, despues de sus dias llama al hijo varon segundo. Y este tuuo tambien efecto en don Francisco Lopez Pacheco su hijo, y despues sucedio doña Luisa de Cabrera su hija por no auer quedado varones del dicho D. Francisco. Y luego sucedio don Diego Lopez Pacheco su hijo, por cuya vacante se litiga. Por lo qual tengo por ocio-

cioso todo lo que por la parte contraria se ha trabajado en torzer la inteligencia de estas palabras: porque en qualquiera sentido que las tome, por ellas no puede pretender llamemiento.

42 Y si se quiere valer, de que es descendiente de doña Luisa de Cabrera, madre de la dicha doña Iuana, y valerse de aquellas palabras: *O hija en defecto de varon*, queriendo comprehenderse en el nombre de hija, no siendo sino su quarta nieta, no podrà huir de la cosa juzgada en que aquella hija de la posseedora fue vencida.

43 Y asi lo reconoce el mismo Abogado contrario, que en caso de concurrir varon, y hembra, *hijos* de la posseedora deste mayorazgo, no puede la hija competir con el varon: por lo qual quiere dar diferencia entre la hija, y la nieta. Y no queriendo considerar a su parte como hija de la dicha posseedora, no viene a tener llamamiento: porque para esto, como hemos dicho, era preciso fuesse descendiente de algunos de los varones posseedores q̃ hã sido despues del dicho D. Frãcisco.

44 Ponderanse tambien por la parte contraria en la segunda informacion *num.* 122. aquellas palabras: *Y no venga, ni pueda venir al hijo mayor*, que estàn puestas en la clausula en que llama al hijo segundogenito, con las quales dize, que es cierta la exclusion del Marques, y que solamente la incompatibilidad la dispensò con el hijo varon primogenito inmediato de la sucessora.

45 A esta ponderacion està respondido en nuestra informacion à num. 61. Y aunque para satisfazer a ella no es necessaria mas que la inteligencia que le dà la parte contraria, reconociendo, que no puede dezir, que son generales, y que se han de entender respeto de todos los casos ocurrentes de la sucesion, por quanto tiene cõtra si la executoria que ganò don Francisco Lopez Pacheco, abuelo del Marques, contra doña Iuana su tercer abuela, dize, que se han de entender respeto de todos los

cas

casos, excepto en caso de auer hijo immediato varõ primogenito de la posseedora del mayorazgo; pero la razon de la limitacion, ni se dà, ni es posible hallarla. Y assi podemos dezir, quod suo se gladio iugulauit.

46 Vltra de que lo cierto es, que las dichas palabras: *Y no venga, ni pueda venir al hijo mayor*, se han de entender solamente en el caso en que hablan, scilicet, quando la posseedora tuuiere dos hijos varones que entonces es cierto, q̃ quiso que no viniesse el mayorazgo al mayor, sino al segundogenito, y assi se reconoce por el contexto de la clausula, ibi: *Y mando, que si huuiere dos hijos varones, que este dicho mayorazgo venga al hijo segundo legitimo natural, y a sus descendientes, por la orden, y regla, que suso dicha es en este mi mayorazgo, y no venga, ni pueda venir al hijo mayor.*

47 De suerte, que es cierto hablò en caso, que huuiesse dos varones hijos de la posseedora, y aquella diccion *Y*, puesta entre las dos oraciones es continuatiua, vt per *Bart. in l. Seya, §. Caio, num. 3. ff. de fundo instructo, & in l. is qui ducenta, ff. de rebus dubijs*, & copula posita inter duas orationes operatur, vt habeãtur pro vna, *l. planè post princip. de leg. 1. & in l. si ita, quis hæredes, ff. de hæredib. instituendis, notat Ias. in l. re coniuncti, num. 84. ff. de legatis 3.*

48 Confirmase esto, porque la substitucion hecha en vn caso, no comprehende otro, quando se trata de excluir la persona, a quien es verisimil tenia mas affeccion el testador, *text. in l. fin. C. de instit. & subst. Bart. in l. si matre, §. 1. ff. de vulgari, Ias. in l. 1. eodem tit. num. 1.* Y siendo cierto, que el Fundador tuuo mas afeccion a los varones. Lo primero, por la comun presumpcion de derecho, *Paulus Castrẽs. cons. 15. col. 3. versic. Facit etiam, & cons. 91. col. penultim. vers. Et hoc per experiẽtiam videmus vol. 2. Crotus in l. omnes populli, n. 156. ff. de iustitia, & iure, Casanat. cons. 38. num. 63.*

49 Lo segundo, por lo especial de la disposicion, por la qual se reconoce, que aunque no quiso conseruar agnacion, por lo menos quiso dar siempre prelacion al varon.

50 Y vltimamente aquellas palabras, *y segun la regla de suso contenida en este mi mayorazgo*, dan a entender, que la voluntad del testador fue la que hemos dicho, porque estas son vnas palabras, que hazen la disposiciō taxatiua, y la limitan, vt concludit *Bart. in extrauag. ad reprimendum in vers. Pro vt per text. in l. edita, C. de adendo, Bald. in l. 2. C. de error. aduocat.* & concludit *Aretinus in cap. 1. de probat. & Felin. in cap. quoniam, Abbas de officio delegati, num.* 12. Y quando la disposicion es taxatiua, præcipuè, en las materias correctorias, y exorbitantes, como lo es en esta, que se excluye al varon primogenito por el segundo, no se da extension de casu ad casum, neque de persona ad personam, etiam data paritate rationis, vt optimè docet *Bald. & Ias. numer. 17. & 22. in auth. quas actiones, C. de sacrosanct. Ecclesijs, per text. in auth. de hæredib. abintestato venientibus, §. ex his* optimè *Zeuallos comm. contra communes, d. q. 828. à numer. 86.* que discurre latamente sobre la inteligencia de dichas palabras.

51 A las palabras de la clausula, *porque aquel aya, y herede el Mayorazgo de su padre, y no se confunda este mi Mayorazgo con el suyo*, las quales se ponderan para dezir, que siendo esta razon general, lo ha de ser tābien la disposicion, hemos respondido latamente en nuestra informacion à num. 63. Y tambien por la executoria, que ganò don Francisco contra doña Iuana, està declarado, que esta confusion, que prohibiò el fundador fue tēporal, y solo en caso de cōcurrir dos hijos varones, porq̄ si fuera perpetua la prohibicion, no pudiera auer sucedido en el mayorazgo el dicho don Francisco, y para este mismo fin dignos de verse los funda-

mentos,que en prueba desto, expendit *Zeuallos dict. q.* 828.*à num*.74.

52 A lo que se ha dicho por la parte contraria, en quanto a la incompatibilidad entre el mayorazgo de Escalona, y Villena, està respondido en nuestra informacion à num.86. Y tambien este punto està vencido por la executoria que el Duque de Escalona don Francisco, abuelo del Marques ganò contra doña Iuana, y es llano por las razones que Zeuallos refiere, *d.quæst*.828 *à numer*.207.

53 Con que parece queda respondido a quanto en dilatados discursos se ha dicho por la parte contraria, à que no hemos respondido por numeros: assi porque siẽdo su informe tan dilatado, era preciso fuera prolixa la respuesta, como porque la verdad no necessita de follaje, ni de pompa, y aparato de palabras, *l.* 1 .*C. vt minor se ab hæred abstineant, l.*3.*in fin. C. de liberis præteritis, Aretinus conf.* 163. *Petrus Luna conf. siculor. conf.* 15. *numer*.11.

Ex quibus, pareceque la justicia del Marques es clara. Salua, &c.

Ell.do D. Antonio de Castro

mentos, que en prueba desto, expendit *Zeuallos dict. q. 823. à num. 74.*

72 A lo que se ha dicho por la parte contraria, en quanto a la incompatibilidad entre el mayorazgo de Escalona, y Villena, està respondido en nuestra informacion à num. 86. Y tambien este punto està vencido por la executoria que el Duque de Escalona don Francisco, abuelo del Marques ganó contra doña Iuana; y es llano por las razones que Zeuallos refiere, *d. quæst. 828 à numer. 207.*

73 Con que parece queda respondido a quanto en dilatados discursos se ha dicho por la parte contraria, a que no hemos respondido por numeros: assi porque siendo su informe tan dilatado, era preciso fuera prolixa la respuesta; como porque la verdad no necessita de follajes, ni de pompa, y aparato de palabras. *l. 1. C. ut minoris [illegible] hæred. abstinean. l. 3. in fin. C. de liberis præteritis. Aretinus cons. 163. Petrus Lara cons. [illegible] cons. 15 numero 11.*

Ex quibus, parece que la justicia del Marques es clara. Salua, &c.